



Le gouvernement virtuel

Guillaume Protière

► To cite this version:

Guillaume Protière. Le gouvernement virtuel. Le pouvoir et les mondes virtuels, 2013, Lyon, France. hal-01097650

HAL Id: hal-01097650

<https://hal.science/hal-01097650>

Submitted on 20 Dec 2014

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Le gouvernement virtuel

Guillaume Protière, Maître de conférences HDR à l'Université Lyon 2¹

Pour le profane, le sujet proposé – le gouvernement virtuel – peut *a priori* apparaître un peu surprenant, voire déroutant ; les mondes virtuels – ces constructions numériques permanentes à finalité ludo-sociale – ne constituent que des excroissances récréatives du monde réel dans lesquels la problématique du pouvoir (politique) et de ses conditions d'exercice paraît secondaire et le droit constitutionnel institutionnel particulièrement inadapté. Au mieux, ces constructions génèrent-elles un pouvoir social (à l'instar de celui qui caractérise le fonctionnement d'une entreprise ou d'une association) qu'il faudrait envisager du point de vue du droit constitutionnel relationnel (c'est-à-dire à partir de la protection des droits et libertés fondamentaux). L'analyse du gouvernement virtuel se réduirait ainsi à l'étude de la protection des droits fondamentaux de l'utilisateur. On doit d'ailleurs constater qu'une grande partie des écrits doctrinaux retient cette perspective ; la doctrine américaine (et européenne) a beaucoup analysé les conditions d'application du premier amendement de la Constitution de 1787 aux mondes virtuels². Toutefois, une telle démarche oblige très souvent les auteurs qui l'adoptent à reconstruire une notion de gouvernement (comprise dans son sens plus classique) afin de pouvoir en déduire le régime de protection de la liberté d'expression. Si cette re-construction est largement due aux conditions d'application du Premier amendement de la Constitution américaine, elle conduit parallèlement à penser que, quitte à essayer de dégager une notion de gouvernement dans les mondes virtuels, autant procéder à l'inverse en la construisant d'abord, puis en analysant les conditions d'une telle construction, avant, *in fine*, d'en dégager les (éventuelles) conséquences en termes de protection des droits et libertés. Ce changement de perspective permet de rendre sa dimension structurante à la notion de gouvernement.

Le terme de gouvernement revêt classiquement trois acceptions³ ; il caractérise l'organisation, la structure politique d'un régime, d'un État (on parlera alors de gouvernement parlementaire, de gouvernement démocratique ou de gouvernement républicain) ; il peut également renvoyer aux conditions d'exercice du pouvoir politique (on peut alors le rapprocher de la notion de gouvernementalité). Enfin, le gouvernement peut prendre un sens restreint et désigner l'ensemble des organes du pouvoir exécutif. La première acception ayant déjà fait l'objet de nombreux écrits doctrinaux, nous envisagerons ici la notion de gouvernement dans sa deuxième acception (les conditions d'exercice du pouvoir politique). Celle-ci permet en effet d'appréhender la notion de gouvernement de façon plus précise en se concentrant sur les

¹ Centre de droit constitutionnel (EDPL, EA 666), guillaume.protiere@univ-lyon2.fr.

² Par ex. Caroline Diel, « Liberté d'expression et censure dans les univers virtuels. Les modes de régulation du discours », Working papers du Centre Perelman de philosophie du droit, n° 2009/5.

³ Gérard Cornu (dir.), *Vocabulaire juridique*, Paris, P.U.F., coll. « Quadrige Dicos Poche », 2007, 8^e éd. (1^{ère} éd. 1987), p. 445.

conditions d'exercice du pouvoir, c'est-à-dire sur la détermination des conditions, normatives et techniques, de la vie commune et leur mise en œuvre. Une telle démarche se heurte toutefois à une première difficulté ; s'il est relativement simple d'identifier de telles règles dans un État moderne en lisant la Constitution (et les textes fondamentaux complémentaires), rien de tel n'existe pour les mondes virtuels. Le gouvernement des mondes virtuels ne peut résulter que d'une reconstruction fonctionnaliste fondée sur une lecture systématique des textes les régissant⁴. Une double perspective – organique et matérielle – doit alors être appréhendée. Du point de vue organique (et faute d'une identification expresse), il faut s'interroger sur la (ou les) personne(s) susceptible(s) de faire office de gouvernement, c'est-à-dire celle(s) qui participe(nt) à l'élaboration des normes encadrant la vie collective. Plusieurs prétendants à cette fonction existent⁵ (du gouvernement réel aux avatars organisés...), parmi lesquels l'éditeur du monde virtuel est le plus souvent présenté comme assumant une fonction gouvernementale, sans que cela signifie que ce point doive être considéré comme résolu. Du point de vue matériel, l'étude du gouvernement des mondes virtuels conduit à s'intéresser aux techniques de gouvernement, c'est-à-dire à l'ensemble des outils mis en œuvre pour régler la vie du monde virtuel. Il faudra déterminer ici s'il existe une singularité des techniques de gouvernement de la société digitale (liée notamment aux contraintes techniques inhérentes aux mondes virtuels), puis envisager ce que les instruments révèlent des rapports politiques et de la légitimité à l'œuvre dans les mondes virtuels⁶.

Ces interrogations dépassant la seule notion de gouvernement (au sens strict), il paraîtra utile de la compléter de deux notions connexes : la gouvernance (entendue comme l'ensemble des pratiques formelles et informelles des institutions publiques et privées⁷) et la gouvernementalité⁸ (entendue comme une certaine rationalité politique construite sur une série d'appareils spécifiques de gouvernement et sur des systèmes de connaissances⁹). Ces deux notions permettront chacune de mettre en avant l'effort d'adaptation de la notion de gouvernement aux spécificités des mondes virtuels, révélant par là-même à la fois les limites de l'analogie constitutionnelle institutionnelle et les mutations des conditions d'exercice du pouvoir dans la société digitale¹⁰.

⁴ Pour une telle démarche, voir Justin M. Grimes, Paul T. Jaeger & Kenneth Fleischmann, « Obfuscocracy : a stakeholder analysis of governing documents for virtual worlds », *First Monday*, vol. 13, 9, sept. 2008, <http://firstmonday.org/ojs/index.php/fm/article/view/2153/2029>, consulté le 22 mai 2014.

⁵ Richard Bartle, « Why Governments aren't Gods and Gods aren't Governments », *First Monday*, special issue numéro 7, septembre 2006, <http://firstmonday.org/ojs/index.php/fm/article/view/1612/1527>.

⁶ Pierre Lascoumes, « La gouvernementalité : de la critique de l'État aux technologies du pouvoir », *Le Portique*, 13-14, 2004, p. 10, § 22-23, <http://leportique.revues.org/625>.

⁷ Sandra Braman & Thomas M. Malaby, « Preface », *First Monday*, special issue number 7 (September), 2006, at <http://firstmonday.org/ojs/index.php/fm/article/view/1605/1520>, consulté le 22 mai 2014.

⁸ Sur cette notion, voir Michel Foucault, *Naissance de la biopolitique. Cours au Collège de France. 1978-1979*, Paris Gallimard-Seuil, coll. « Hautes études », 2004, 355 p.

⁹ Pierre Lascoumes, *op. cit.*, p. 4, § 5.

¹⁰ Sandra Braman & Thomas M. Malaby, *op. cit.*

L'étude des prétendants au statut de du gouvernement virtuel conduira tout d'abord à envisager les deux corps du gouvernement virtuel (I.-) avant de montrer que le gouvernement virtuel est caractérisé par une rationalité spécifique dont les conséquences politiques sont incertaines (II.).

I.- Les deux corps du gouvernement virtuel : du gouvernement à la gouvernance virtuelle

Faute de textes désignant un titulaire du gouvernement du monde virtuel, il faut tenter de le découvrir. Deux séries de considérations doivent être prises en compte : le niveau de gouvernement considéré (gouvernement *du* jeu et gouvernement *dans* le jeu) et les acteurs concernés (le gouvernement réel, l'éditeur de la plateforme et les utilisateurs). Les relations qui se nouent entre les trois acteurs ne sont pas identiques selon le niveau considéré ; alors que, dans le cadre du gouvernement *du* jeu, la problématique gouvernementale s'affirme comme un moyen de limiter le pouvoir de l'éditeur (A.), elle interroge, dans la seconde, la possibilité et les conséquences de transformer les luttes politiques en un élément du *gameplay* (B.).

3

A.- Le gouvernement du jeu : un moyen de limiter le pouvoir de l'éditeur

Intuitivement, la figure du gouvernement paraît logiquement s'incarner dans l'éditeur du monde virtuel. Les premiers écrits doctrinaux pointent d'ailleurs largement cette conviction, en considérant que c'est bien l'éditeur du monde virtuel qui en fixe les conditions de fonctionnement à travers l'élaboration des conditions techniques et la rédaction des conditions juridiques les encadrant. Concernant ces dernières, les auteurs soulignent fréquemment qu'il s'agit de contrats d'adhésion pour lesquels la marge de négociation de l'utilisateur est faible (pour ne pas dire inexistante) ; ces contrats contenant par ailleurs très souvent des stipulations restrictives pour la liberté de l'utilisateur sans véritable contrepartie. Ils témoigneraient alors du caractère « illibéral »¹¹, « féodal »¹², « monarchique »¹³, « despotique »¹⁴ ou encore « autocratique »¹⁵ du gouvernement du monde virtuel et, inversant la théorie du contrat social au fondement des régimes libéraux, constitueraient au contraire des « anti-contrats sociaux »¹⁶

¹¹ James Grimmelmann, « Virtual World Feudalism », *The Yale Law Journal Pocket Part*, 126, 2000, <http://thepocketpart.org/2009/01/19/grimmelmann.html>.

¹² Voir par ex. James Grimmelmann, *ibid.* ou François Robbe, « Le droit constitutionnel dans les mondes virtuels », in Gérald Delabre (dir.), *Le droit dans les mondes virtuels : philosophie et économie*, Bruxelles, Larcier, coll. « Collection du CRIDS », 2013.

¹³ Henry H. Perritt, « Cyberspace Self-Government: Town Hall Democracy or Rediscovered Royalism? », *Berkeley Technology Law Journal*, 1997, vol. 12, disponible sur <http://www.law.berkeley.edu/journals/btlj/articles/vol12/Perritt/html/reader.html>.

¹⁴ James Grimmelmann, « Virtual Power Politics », 19 avril 2005, disponible sur SSRN : <http://ssrn.com/abstract=707301> ou Richard Bartle, *op. cit.*

¹⁵ Debora Halbert, « Public lives and private communities : the terms of Service agreement and life in the virtual worlds », *First Monday*, vol. 14, 12, déc. 2009, <http://firstmonday.org/article/view/2601/2405#author>.

¹⁶ Joshua A.T. Fairfield, « Anti-social Contracts: The contractual governance of virtual worlds », *R.D. McGill*, 2008, 53, p. 427.

n'atténuant aucunement la « souveraineté »¹⁷ de l'éditeur du monde virtuel. L'illusion libérale née des fondements contractuels de la participation au monde virtuel est ainsi critiquée et dissipée par les auteurs pour lesquels l'éditeur est coupé des utilisateurs (qui ne peuvent pas mettre sa responsabilité en jeu¹⁸), dirigeant le monde virtuel comme le feraient un « Empereur romain soumis aux oracles »¹⁹.

Malgré ces critiques, la « souveraineté » de l'éditeur du monde virtuel est plus nuancée qu'il y paraît. Elle est en fait tributaire de plusieurs séries de facteurs ; elle est ainsi tout d'abord conditionnée par le type de monde virtuel. La capacité gouvernante de l'éditeur du jeu n'est pas la même selon qu'il s'agit d'un monde virtuel ludique (MMORPG) ou d'un monde virtuel social (MMORSG²⁰). Dans la première hypothèse, la marge de liberté des joueurs est plus restreinte que dans la seconde en raison du caractère téléologique de leur participation (par ex. le système des quêtes dans les jeux de rôle). De plus, la capacité gouvernante de l'éditeur est également conditionnée par le caractère ouvert ou fermé du jeu (c'est-à-dire selon que les interactions – principalement économiques – avec le monde réel sont autorisées ou prohibées). Cette dernière dimension est l'objet de luttes implicites très fortes, induites par la marchandisation de très nombreux mondes virtuels (y compris des jeux fermés – par ex. World of Warcraft). L'exercice de la liberté économique (construite à partir du droit de propriété) devient ainsi à la fois un moyen pour les utilisateurs de s'approprier le monde virtuel et d'en contester les règles de fonctionnement. Un tel équilibre n'est pas sans rappeler des mécanismes historiques anciens, la maîtrise de l'économie ayant toujours été l'un des enjeux dans l'affirmation des structures publiques/politiques²¹. Ici, l'émergence et le fonctionnement des mondes virtuels ne diffèrent pas sensiblement de ceux du monde réel. Parallèlement, le caractère ouvert ou fermé du monde virtuel considéré conditionne l'intervention du gouvernement réel dans le monde virtuel. Si d'une manière générale, les obligations du monde réel s'imposent au monde virtuel, ce constat est renforcé quand le monde virtuel est ouvert sur le monde réel et a des conséquences, notamment économiques, sur lui. Certains auteurs vont même plus loin, considérant que le monde réel l'emporte toujours sur le monde virtuel²² ; selon ce point de vue, le véritable gouvernement du monde virtuel serait le gouvernement réel. S'il n'est pas dépourvu de fondement, il conduit à nier toute spécificité au monde virtuel et nous n'en retiendrons qu'une conception amendée. Enfin, la souveraineté de l'éditeur est conditionnée par un dernier

¹⁷ Timothy Burke, « Play of State : Sovereignty and Governance in MMOGs », 2004, <http://www.swarthmore.edu/SocSci/tburke1/The%20MMOG%20State.pdf>.

¹⁸ Richard Bartle, *op. cit.*

¹⁹ Timothy Burke, *op. cit.*, p. 8.

²⁰ *Massive multiplayer online real playing game* ou *massive multilayer online real social game*. Sur cette distinction, voir Yen-Shyang Tseng, « Governing virtual worlds : Interration 2.0 », *Washington University Journal of Law and Policy*, vol. 35, 2011, p. 547.

²¹ On pourra se reporter, dans une perspective holiste, insistant sur l'importance de la maîtrise de l'économie (et du marché) dans la structuration de l'État à Maurice Hauriou, *Principes de droit public* [à préciser] et, selon une démarche centrée sur l'agent, à Pierre Rosanvallon, *Le capitalisme utopique*.

²² Richard Bartle, *op. cit.*

élément : la création d'un monde virtuel entraîne en effet le devoir d'intervention afin de garantir le correct fonctionnement de la plateforme. À l'instar du maire en cas de troubles à l'ordre public, l'éditeur ne peut rester sans réagir quand il apparaît que la plateforme souffre d'un dysfonctionnement qui conduit à son déséquilibre ; il est soumis à une obligation d'action. On peut considérer qu'il y a là une déclinaison de la fonction protectrice inhérente à tout gouvernement.

L'analogie gouvernementale pour qualifier le rôle de l'éditeur dans la gestion du monde virtuel traduit ainsi une double volonté d'appropriation (par l'usage) et de protection des droits des utilisateurs. Elle s'inscrit dans une démarche prescriptive visant à imposer des standards libéraux-démocratiques aux éditeurs des plateformes. La démarche institutionnelle est ainsi mise au service d'une protection des droits individuels. Les multiples tentatives doctrinales pour étendre l'application du Premier amendement de la Constitution américaine aux éditeurs de monde virtuel en témoigne mieux que toute autre initiative. Plusieurs auteurs ont ainsi essayé de démontrer que les éditeurs de plateforme satisfaisaient les conditions de la théorie de la société-ville (*company-town*)²³ (à savoir qu'ils remplissaient toutes les fonctions de la puissance publique) afin de leur opposer les prescriptions constitutionnelles. Une telle assimilation entre les mondes virtuels et la puissance publique se heurte toutefois à la résistance des juridictions (du monde réel) qui n'accueillent pas cet argument quand elles sont saisies²⁴, laissant les mondes virtuels et leur éditeur hors de la sphère publique (à laquelle ils ne sont pas assimilés). La position des juridictions démontre les limites de l'analogie gouvernementale (puisque'il est affirmé que les éditeurs de monde virtuel n'assument aucune fonction de puissance publique) et questionne le statut des mondes virtuels ; en leur déniaient le statut de *locus publicus*, la jurisprudence paraît ainsi leur fermer l'accès au champ politique et les rattacher à la sphère sociale. Face à cela, certains auteurs soutiennent malgré tout que la jurisprudence n'anéantit pas le caractère politique des mondes virtuels puisque les parties prenantes peuvent toujours débattre des conditions de leur fonctionnement. Le gouvernement peut alors devenir partie du jeu.

B.- Le gouvernement dans le jeu : gouverner peut-il être un jeu ?

Envisagé *dans* le jeu, le gouvernement virtuel conduit à préciser la place qui peut être faite au phénomène politique dans les mondes virtuels. Il s'agit donc non plus d'étudier les conditions de détermination du monde virtuel, mais d'analyser le gouvernement comme composante de ce type d'environnement numérique. Cette question ne se pose évidemment pas de la même façon selon les mondes virtuels, mais on constate une certaine récurrence de la

²³ Par ex., Peter S. Jenkins, "The virtual world as a company-town – freedom of speech in massively multiple on-line playing games", *Journal of Internet Law*, vol. 8:1, juillet 2004 ou Debora Halbert, *op. cit.*

²⁴ Par ex. *Lloyd Corp. vs Tanner*, 407 U.S. 551, 569 (1972).

thématique et une invitation doctrinale à l'intégrer dès lors que cela s'avère possible²⁵. Plusieurs raisons sont avancées pour soutenir la revendication de la formalisation d'un gouvernement *in-game*. Il s'agit tout d'abord de prolonger la tradition décentralisée de gestion du cyberspace²⁶, comprise comme le prolongement de l'ontologie supposée des mondes virtuels, largement conçus comme des lieux d'utopie²⁷. Dark of Ages en fournit un très bon exemple : outre que la capacité politique y est l'un des caractères des personnages (le choix d'un avatar prédétermine donc la destinée politique que le joueur pourra embrasser), l'un des aspects du jeu consiste à se réunir pour construire des communautés villageoises au sein desquelles les conditions d'exercice du pouvoir sont fixées par les « villageois ». Du fait de son scénario, Dark of Ages est caractérisé par un gouvernement décentralisé²⁸ ; s'il est conforme aux utopies fondatrices, son scénario ne questionne pas du tout le gouvernement du jeu. Ici, jouer n'est pas gouverner (au mieux, c'est administrer...).

Est ensuite invoqué le fait que l'introduction d'un gouvernement dans le *gameplay* constituerait un excellent moyen de médiation entre l'éditeur et les utilisateurs²⁹. L'introduction d'un gouvernement *in-game* participe en effet à l'institutionnalisation des interventions de l'éditeur ; une telle introduction présente deux avantages. *Primo*, elle neutralise la question de la souveraineté de l'éditeur, *de facto* évacuée à l'extérieur du jeu³⁰ ; *secundo*, en reproduisant la distinction entre pouvoir constituant et pouvoir constitué³¹, cette construction fait basculer le monde virtuel concerné dans la modernité politique. Une telle institutionnalisation, si elle renvoie à une logique analogue avec celle à l'œuvre dans le monde réel, s'en démarque parallèlement sur un point fondamental. D'un point de vue théorique, l'institutionnalisation se traduit dans le fait que le titulaire réel du pouvoir hypostasie une figure symbolique au nom de laquelle il dirige (cf. par ex. la théorie de la souveraineté dans le monde réel) ; mais alors que dans le monde réel, le titulaire du pouvoir affirme une figure qui lui est supérieure (la Nation), l'éditeur de la plateforme institue quant à lui une figure qui l'incarne dans le monde dont il a la charge, affirmant sa nature démiurgique bien plus que gouvernementale³². Ce faisant, le gouvernement se dote d'un outil lui permettant de rationaliser sa fonction de transaction. L'évacuation de la souveraineté de l'éditeur doit se comprendre comme l'affirmation de la

²⁵ Voir par ex. en ce sens, Matthew Mihaly, « Constructive Politics in a Massively Multiplayer Online Role-Playing Game », 2000, http://www.gamasutra.com/view/feature/3438/constructive_politics_in_a_php.

²⁶ Paul Schiff Berman, "Cyberspace and the State action debate: the cultural value of applying constitutional norm to 'private' regulation", *University of Connecticut School of Law Articles and Working Papers*, Paper 9, 2000, http://lsr.nellco.org/uconn_wps/9.

²⁷ Ainsi que le démontre Neil W. Netanel, "Cyberspace Self-Governance: a skeptical view from liberal democratic theory", *California Law Review*, vol. 88:395, 2000, p. 395-498.

²⁸ Sur les implications politiques de Dark of Ages, voir David Kennerly, "Dark Ages Politics in Theory and Practice", *Imaginary Realities*, volume 3, number 9 (September), 2000, at http://finegamedesign.com/dark_ages_politics.html, consulté le 22 mai 2014.

²⁹ Timothy Burke, *op. cit.*, p. 13.

³⁰ *Ibid.*

³¹ Olivier Beaud, *La puissance de l'État*, Paris, P.U.F., coll. « Léviathan », 1994, p. 313.

³² Richard Bartle, *op. cit.*

neutralisation de l'arbitraire au service d'un gouvernement rationalisé et plus transparent. L'institutionnalisation d'un gouvernement dans le *gameplay* permet ainsi de transformer le gouvernement du monde virtuel en un des enjeux de son fonctionnement et de la participation des utilisateurs (les incitant par là même à toujours plus s'investir). Une telle introduction constitue une évolution qui nourrit incontestablement le caractère politique des gouvernement et monde virtuels.

Parallèlement l'adhésion des utilisateurs peut également être obtenue/renforcée par d'autres biais comme l'institutionnalisation de la capacité d'organisation des utilisateurs entre eux, à travers l'admission de ce que l'on appelle les guildes. World of Warcraft en fournit un bon exemple³³ ; la dimension politique y est non plus ontologique (contrairement à Dark of Ages) mais fonctionnelle puisque les joueurs sont encouragés à s'organiser afin de parvenir à accomplir les missions qui leurs sont confiées. Les guildes ne sont qu'une des formes que peut théoriquement prendre la collaboration entre joueurs³⁴, mais elles en sont la forme la plus courante et la mieux structurée ; bien que dépourvues de pouvoir normatif, elles pèsent tout de même d'un poids réel dans l'agencement et l'organisation du jeu (en ce sens qu'un utilisateur isolé ne pourra très vite plus progresser)³⁵. L'admission des guildes introduit un système décentralisé de régulation du jeu (en d'autres termes, une « régulation spontanée » des utilisateurs) qui, dépassant le seul gouvernement dans le jeu, conduit à renouveler (partiellement) les règles du gouvernement du jeu en permettant l'émergence de forces sociales capables d'incarner et de transmettre les attentes de leurs membres. Les guildes apparaissent toutefois de nature hybride, à mi-chemin entre une force syndicale et une force politique, cette dernière qualité n'apparaissant que dans la mesure où la guildes participe à un débat concernant les conditions de fonctionnement du gouvernement du jeu.

Rapportée à la figure du gouvernement virtuel, une telle intégration favorise le passage du « gouvernement » individuel de l'éditeur de la plateforme à la gouvernance du monde virtuel, c'est-à-dire à l'association de différentes parties prenantes dont on admet l'interdépendance dans l'autonomie. L'agencement du gouvernement du monde virtuel se fait en conséquence moins centralisé et plus ouvert conformément aux utopies qui irriguent le cyberspace depuis sa création. Une telle intégration rappelle par ailleurs la conviction de Michel Foucault selon laquelle le gouvernement n'a pas d'essence mais constitue seulement un périmètre mouvant de gouvernementalité. Or, c'est bien ce que révèle la question de l'intégration d'une figure du gouvernement dans le monde virtuel ; loin de toute ontologie (rendue politiquement impossible en l'absence de tout corps politique originaire), le monde virtuel et sa gestion se caractérisent

³³ « WoW est-il une démocratie ? Appel à témoins », 4 mars 2008, <http://forum-reseau-js.com>.

³⁴ Richard Bartle, *op. cit.*

³⁵ Timothy Burke, *op.cit.*, p. 17.

par des considérations techniques, seules à-mêmes de fonder la légitimité de l'éditeur de la plateforme ; ce qui conditionne la rationalité à l'œuvre dans le gouvernement virtuel.

II.- La rationalité du gouvernement virtuel : une gouvernementalité technique

Outre la détermination de son titulaire ou de ses figures, le gouvernement dans les mondes virtuels doit être étudié à travers ses outils. Cela permet de délaisser l'approche essentialiste du gouvernement pour le considérer comme une série de dispositifs permettant de réguler la vie collective/commune³⁶. Si les différents outils utilisés apparaissent particulièrement adaptés à leur environnement (A.) ils ne sont pas pour autant dépourvus de toute ambiguïté politique (B.).

A.- Une rationalité gouvernementale adaptée à son environnement

Classiquement, les outils de gouvernement se rattachent à deux grands types de régulation : la *régulation normative* consiste dans l'adoption d'une norme pour modifier un comportement tandis que la *régulation architecturale* consiste à modifier l'environnement physique pour rendre impossible un comportement³⁷. Ainsi, pour empêcher une personne de fumer, il est possible de l'interdire par une norme ou d'équiper les salles de détecteurs de fumée très sensibles... Ces deux types de régulation, complémentaires bien plus que parallèles ou exclusifs, se retrouvent à la fois dans le monde réel et dans le monde virtuel, mais leur part respective et leur efficacité diffèrent sensiblement selon l'environnement considéré. Dans le monde virtuel, chacun de ces deux types de régulation se traduit dans un codage spécifique : le codage technique et le codage normatif³⁸.

8

Le monde virtuel étant créé par une série de codes informatiques, l'un des moyens de le régir consiste à faire évoluer le code pour en améliorer le fonctionnement ou pour résoudre une difficulté qui aurait pu apparaître³⁹ (par ex. la modification d'un code pour rendre impossible un exploit qui déstabilise l'ordre du monde virtuel/le déroulement du jeu⁴⁰). Le codage technique constitue ainsi une particularité du gouvernement virtuel par rapport au gouvernement réel. Tout gouvernement réel ne peut en effet modifier l'architecture sociale que de manière limitée et ne peut rien faire pour modifier l'architecture physique ; si une autorité publique peut sans conteste creuser un fossé pour entraver la circulation, elle demeure sans ressource pour modifier la température d'ébullition de l'eau. Ou, pour prendre un exemple tiré des adages constitutionnels, le Parlement britannique lui peut certes tout faire, sauf changer un

³⁶ Michel Foucault, *op. cit.*

³⁷ Paul Schiff Berman, *op. cit.*, p. 1265.

³⁸ Justin M. Grimes, Paul T. Jaeger & Kenneth Fleischmann, *op. cit.*

³⁹ Thomas Malaby, « Coding control : Governance and contingency in the production of inline worlds », *First Monday*, special issue numéro 7, sept. 2006, <http://firstmonday.org/ojs/index.php/fm/article/view/1613/1528>.

⁴⁰ James Grimmelman, « Virtual Power Politics », *op. cit.*

homme en femme... Seul un/les Dieu(x) (et encore faut-il admettre leur(s) existence(s)...) serai(en)t susceptibles d'une telle modification⁴¹. A *contrario*, le gouvernement virtuel peut décider de modifier telle ou telle ligne de code pour que les utilisateurs puissent voler ou prendre la forme d'une licorne qui parle. Cette capacité technique du gouvernement virtuel en fait un « *code based power* »⁴² là où le gouvernement réel est davantage un « *normative based power* » ; certains auteurs considèrent même que cette faculté de modifier les lois de la physique conduit à devoir admettre la déité des éditeurs de plateforme⁴³. Indépendamment de cette dernière remarque, la propension du gouvernement virtuel à gouverner par le code se traduit dans des outils spécifiques de police – le zoning et le filtrage⁴⁴ – sans véritables équivalents dans le monde réel. Sans entrer dans le détail⁴⁵, le gouvernement virtuel est doté d'outils *ad hoc* lui permettant de préserver l'ordre dans le monde virtuel ; ces outils adaptant *mutatis mutandis* la capacité de régulation et de contrainte inhérente à toute manifestation institutionnalisée de l'autorité. Le principe d'action du gouvernement virtuel n'est en ce sens pas différent de celui du gouvernement réel et se heurte à la même limite anthropologique : l'aléa inhérent à la liberté des participants⁴⁶...

Le gouvernement virtuel repose également sur une série de dispositifs normatifs. Ceux-ci constituent un véritable « canevas »⁴⁷ normatif composé de différents types de textes (les conditions générales d'utilisation, les « terms of service », l'acte fixant la politique en matière de vie privée et, éventuellement, l'acte regroupant les pratiques et standards de la communauté virtuelle⁴⁸). Ces outils normatifs sont ceux qui ont le plus intéressés les auteurs, ceux-ci développant deux axes principaux d'analyse. Le code juridique du monde virtuel est appréhendé soit d'un point de vue holiste, les auteurs cherchant à démontrer les limites de la seule gouvernance contractuelle des mondes virtuels⁴⁹ ; soit du point de vue de l'agent afin de pointer les conséquences d'une telle gouvernance contractuelle sur les droits et libertés des utilisateurs⁵⁰. L'analyse du contenu des dispositifs normatifs met en évidence deux caractères négatifs du gouvernement virtuel ; le contenu des textes régissant les mondes virtuels apparaît tout d'abord confus et peu transparent ; les utilisateurs ne sont ainsi pas toujours informés des modifications (fréquentes) des conditions générales d'utilisation, l'historique de celles-ci étant

⁴¹ Richard Bartle, *op. cit.*

⁴² Paul Schiff Berman, *op. cit.*, p. 1265.

⁴³ Richard Bartle, *op. cit.*

⁴⁴ Par le *zoning*, le gouvernement virtuel peut affecter certaines zones à certaines activités ou entraver l'accès de certains utilisateurs. Il peut ainsi interdire certains espaces aux mineurs ou les réserver à certaines activités (Second life). Par le *filtrage*, le gouvernement virtuel peut réguler les propos échangés en interdisant certains messages comportant des idiomes prohibés. Moins perceptible que le zoning, le filtrage constitue un outil bien plus performant de censure. V. Paul Schiff Berman, *op. cit.*, p. 1270 et suiv.

⁴⁵ Voir la communication de Mme Élise Untermaier-Kerléo.

⁴⁶ Justin M. Grimes, Paul T. Jaeger & Kenneth Fleischmann, *op. cit.*

⁴⁷ *Ibid.*

⁴⁸ *Ibid.*

⁴⁹ Par ex., Joshua A.T. Fairfield, *op. cit.*, p. 427.

⁵⁰ Par ex., Debora Halbert, *op. cit.*

difficile à établir. Aussi, certains auteurs considèrent que plus qu'un gouvernement féodal ou monarchique, le gouvernement virtuel doit être caractérisé comme une « obscurocratie » (*obfuscatocracy*)⁵¹, un système de gouvernement fondé sur l'opacité normative comme technique de gestion. Ce défaut est renforcé par le caractère intrusif du gouvernement virtuel ; le code juridique étant ici au service de l'intrusion technique. Les conditions générales d'utilisation organisent ainsi un contrôle de l'utilisateur, qui se traduit par une restriction de ses libertés (qu'il s'agisse de sa liberté d'expression ou de sa liberté économique) et par une faible protection de sa vie privée (certains mondes virtuels, par ex. Second life, insérant la possibilité de surveiller les joueurs)⁵². Ces restrictions ne seraient tolérées d'aucun gouvernement réel, qu'elles feraient basculer dans la catégorie des gouvernements totalitaires. Indépendamment de la potentielle dangerosité de ces outils⁵³ (qui impliquerait que l'on examine le régime de police permettant de les concilier avec le nécessaire maintien de l'ordre du monde virtuel), on peut les envisager comme un « condensé de la gouvernementalité »⁵⁴ révélateur de la rationalité régissant les rapports gouvernants-gouvernés.

B.- Une rationalité gouvernementale politiquement ambiguë

Ainsi qu'il l'a déjà été relevé, l'analogie gouvernementale pour qualifier la position de l'éditeur de la plateforme numérique au regard des utilisateurs s'inscrit dans une démarche prescriptive (et pour partie militante) des auteurs qui entendent favoriser la protection des droits des utilisateurs tout en s'inscrivant dans la filiation de l'idéologie « communautaire » du cyberspace. Or, cette analogie repose sur un double biais – approche fonctionnelle et assimilationniste (voir nos propos précédents sur la doctrine de la *company-town*) – qui fragilise le gouvernement virtuel. Reformuler de manière interrogative : l'analogie des fonctions (prendre en charge un espace, une somme d'agents) permet-elle de surmonter la différence entre un pouvoir public et un pouvoir privé ? Si l'on prend en compte le statut des éditeurs de monde virtuel, ces derniers peuvent être considérés comme des pouvoirs privés économiques, c'est-à-dire comme des « personnes privées dispos[ant] d'un pouvoir de décision unilatéral analogue sur le plan “matériel” à celui de la puissance publique »⁵⁵. L'identité matérielle se heurte toutefois à une limite importante. Alors que le gouvernement politique est en charge de l'intérêt collectif (que cet intérêt soit dénommé général ou commun, qu'il soit perçu de façon transcendante ou plus utilitariste n'est que second ici), l'intérêt poursuivi par l'éditeur de la plateforme numérique est un intérêt commercial, un intérêt économique privé. Certes, cet intérêt est largement conditionné par la capacité de l'éditeur à prendre en compte les intérêts des

⁵¹ Justin M. Grimes, Paul T. Jaeger & Kenneth Fleischmann, *op. cit.*

⁵² Debora Halbert, *op. cit.*

⁵³ *Ibid.*

⁵⁴ Pierre Lascoumes, *op. cit.*, p. 9, § 21.

⁵⁵ Gérard Farjat, « Les pouvoirs privés économiques », in *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du XX^e siècle. Mélanges en l'honneur de Philippe Kahn*, Paris, Litec, Travaux du CREDIMI, Université de Bourgogne-CNRS, 2000, p. 613.

utilisateurs afin de les inciter à fréquenter sa plateforme⁵⁶. Ainsi décrites, les relations existantes au sein du monde virtuel ne semblent pas très différentes de celles liant une entreprise à ses clients ; relations classiques mais qui n'a jamais conduit à admettre qu'ils forment communauté. Cette différence dans les conditions de définition de l'intérêt poursuivi introduit deux biais d'inégale importance dans l'analogie gouvernementale. Premièrement, l'intérêt poursuivi est conçu de façon économique (il rend compte d'une capacité commerciale)⁵⁷ ; ce qui rompt avec les conceptions classiques de la puissance publique⁵⁸ (y compris si l'on retient une acception plus utilitariste de l'intérêt général). Deuxièmement, l'intérêt poursuivi n'est collectif que de façon médiate/indirecte, sauf à considérer qu'une série de rapports bilatéraux permettent de former communauté. Ce qu'aucun auteur ne démontre véritablement (la Communauté virtuelle devant naître au mieux de la pratique, au pire de façon indéterminée), certains admettant même que les fondements contractuels de la gouvernance virtuelle constituent un biais majeur de l'analogie gouvernementale développée pour envisager les mondes virtuels.

Cette question, loin d'être anodine, constitue la principale limite de l'analogie gouvernementale ; elle explique par exemple pour une large part les atermoiements quand on cherche à déterminer le titulaire du gouvernement virtuel. Si l'on s'arrête quelques instants sur la question, les plus optimistes feront remarquer que la pratique des mondes virtuels dépasse le constat juridique. Qu'il s'agisse de la révolte fiscale sur Second life⁵⁹ (qui n'est pas sans rappeler le « No taxation without representation » à l'origine de la guerre d'indépendance) ou de l'affirmation selon laquelle les utilisateurs de EveOnline forment un « pays émergent »⁶⁰ (« *emerging nation* »), les pratiques dépassent le cadre de simples relations commerciales pour favoriser l'émergence de véritables communautés politiques numériques. Lesquelles seraient aujourd'hui encore duales. En ce sens, Paul Berman relève que la protection des utilisateurs des mondes virtuels repose à la fois sur le droit de la consommation et sur le droit constitutionnel⁶¹ ; plus précisément, pour cet auteur, le droit constitutionnel doit venir compléter la trop faible protection déduite du seul droit de la consommation. Cette double protection rend compte de la dualité de statut de l'utilisateur du monde virtuel mais elle est trompeuse ; l'appel à l'extension

⁵⁶ Et éviter qu'ils soient tentés par l'exil numérique vers un autre monde virtuel Il existe toutefois une certaine captivité des utilisateurs du fait de l'absence de continuité entre les mondes virtuels (Dawn C. Nunziato, "The death of the public forum in cyberspace", *Berkeley technology Law Journal*, vol. 20, 2005, p. 1170-1171) ; le système des mondes virtuels ressemble ainsi à une série d'espaces privés en concurrence ; Viktor Mayer-Schönberger, « Après le moment constitutionnel : la régulation des mondes virtuels 2.0 », *Quaderni* [en ligne], 67, automne 2008, mis en ligne le 5 janvier 2012, p. 80 <http://quaderni.revues.org/221>.

⁵⁷ Timothy Burke, *op. cit.*, p. 10.

⁵⁸ En ce sens, voir Maurice Hauriou, *Notes d'arrêts sur décisions du Conseil d'État et du Tribunal des conflits I*, Paris, Éd. La Mémoire du droit, 2000, p. 416.

⁵⁹ James Grimmelman, « The State of Play : On the Second life tax revolt, », Law-Meme, 21 septembre 2003, <http://lawmeme.research.yale.edu/modules.php?name=News&file=print&sid=1222>, consulté le 27 mai 2014.

⁶⁰ Seth Schiesel, "In a virtual universe, the Politics turn real", *New York Times*, 7 juin 2007, www.nytimes.com/2007/06/07/arts/07eve.html?_r=0, consulté le 21 mai 2014.

⁶¹ Jack M. Balkin, "Virtual liberty: freedom to design and freedom to play in virtual worlds", *Virginia Law Review*, vol. 90, 8, déc. 2004, p. 2081.

de l'application du droit constitutionnel aux mondes virtuels dissimule le fait que l'utilisateur demeure un consommateur du monde virtuel sans en être devenu un citoyen. En ce sens, la communauté numérique est une communauté politique virtuelle (et non virtualisée) qui ne satisfait pas (encore ?) les critères de définition d'une telle communauté, faute d'exercer une quelconque souveraineté ; ce dont rend compte la dynamique verticale descendante de l'hypostase au cœur du processus de figuration/d'incarnation du gouvernement virtuel. L'analogie gouvernementale se heurte ainsi à une limite structurelle indépassable : l'impossible appropriation collective (même théorique) d'une construction privée gérée par une personne privée au service de ses intérêts commerciaux. Cette absence de communauté politique confirme qu'il est plus juste de parler de *gouvernance* virtuelle que de *gouvernement* virtuel. En cela, les mondes virtuels demeurent plus proches des entreprises que des États, les utilisateurs n'étant que des parties prenantes, et non des citoyens, du monde virtuel considéré.

Qu'on nous comprenne bien, il ne s'agit pas nier ici la réalité du pouvoir des éditeurs de mondes virtuels (l'étude a démontré la réalité de leur capacité de domination-maitrise du monde virtuel), mais de l'apprécier dans son champ. Si l'on se fie à la rationalité à l'œuvre dans leur fonctionnement, les mondes virtuels sont aujourd'hui des constructions sociales et non des constructions politiques puisqu'ils n'impliquent que des rapports entre personnes privées. L'orientation des travaux doctrinaux laisse toutefois penser que cette situation demeure insatisfaisante et devrait évoluer afin de mieux prendre en compte les intérêts des différentes parties prenantes⁶². L'ère du gouvernement virtuel est donc toujours à venir.

⁶² Justin M. Grimes, Paul T. Jaeger & Kenneth Fleischmann, *op. cit.*